

AB 2013/385

## Schaarse vergunning. Terughoudende toetsing door bestuursrechter omdat wettelijk toetsingskader ontbreekt.

ABRvS 25-09-2013, ECLI:NL:RVS:2013:1228, m.nt. A. Drahmman

**Instantie**

Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State

**Datum**

25 september 2013

**Magistraten**

Mrs. H.G. Lubberdink, G.M.H. Hoogvliet, dr. M.W.C. Feteris

**Zaaknummer**

201205024/1/A3.

**Noot**

A. Drahmman

**Vakgebied(en)**

Bestuursrecht algemeen / Besluit (algemeen)

**Brondocumenten**

ECLI:NL:RVS:2013:1228, Uitspraak, Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, 25-09-2013

**Wetgang**

APV Nijmegen

### Essentie

APV voorziet niet in de situatie dat er twee vergunningaanvragen voor hetzelfde terras voor de Vierdaagsefeesten worden ingediend. De rechter dient zich te beperken tot de vraag of de afweging die de burgemeester heeft gemaakt onredelijk is, dan wel anderszins in strijd is met algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

### Samenvatting

Met de rechtbank is de afdeling van oordeel dat de burgemeester zich terecht op het standpunt heeft gesteld dat, nu twee vergunningaanvragen voor hetzelfde terras op locatienummer 428 voor de Vierdaagsefeesten 2011 zijn ingediend en voor geen van die aanvragen een weigeringsgrond van toepassing is, een situatie is ontstaan waarin de APV niet voorziet. (...) De burgemeester heeft zich geleet daarop terecht op het standpunt gesteld dat hij een keuze diende te maken tussen de twee aanvragen. Omdat een wettelijk toetsingskader voor het maken van die keuze ontbreekt, heeft de rechtbank terecht overwogen dat een dergelijk besluit terughoudend door de rechter dient te worden getoetst. De rechter dient zich te beperken tot de vraag of de afweging die de burgemeester heeft gemaakt onredelijk is, dan wel anderszins in strijd is met algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Met de rechtbank is de Afdeling van oordeel dat daarvan in het onderhavige geval geen sprake is. Daartoe acht de Afdeling van belang dat de burgemeester, anders dan appellant betoogt, niet in strijd met het convenant en de notitie heeft gehandeld.

### Partij(en)

Uitspraak op het hoger beroep van appellant, handelend onder de naam café A, wonend te Nijmegen, tegen de uitspraak van de rechtbank Arnhem van 8 mei 2012 in zaken nrs. 11/5457 en 12/436 in het geding tussen:

appellant

en

1. de burgemeester van Nijmegen,
2. het college van burgemeester en wethouders van Nijmegen.

### Uitspraak

## Procesverloop

Bij gezamenlijk besluit van 5 juli 2011 hebben de burgemeester en het college, ieder voor zover bevoegd, een aanvraag van appelllant voor de exploitatie van een vermaakcentrum zonder muziek, inhoudende een terrasvergunning, een ontheffing in het kader van de Drank- en Horecawet en een vergunning voor het plaatsen van objecten, voor locatienummer 428 ten tijde van de Vierdaagsefeesten van 16 tot en met 22 juli 2011 op het Koningsplein te Nijmegen, afgewezen.

Bij gezamenlijk besluit van 5 juli 2011 hebben de burgemeester en het college, ieder voor zover bevoegd, aan vergunninghouder vergunning verleend voor de exploitatie van een vermaakcentrum zonder muziek voor locatienummer 428 ten tijde van de Vierdaagsefeesten van 16 tot en met 22 juli 2011 op het Koningsplein te Nijmegen.

Bij gezamenlijk besluit van 6 december 2011 hebben de burgemeester en het college, ieder voor zover bevoegd, de door appelllant gemaakte bezwaren tegen de besluiten van 5 juli 2011 ongegrond verklaard.

Bij uitspraak van 8 mei 2012 heeft de rechtbank het door appelllant daartegen ingestelde beroep ongegrond verklaard. Deze uitspraak is aangehecht (niet opgenomen; *red.*).

Tegen deze uitspraak heeft appelllant hoger beroep ingesteld.

De burgemeester en het college hebben een verweerschrift ingediend.

Appellant heeft nadere stukken ingediend.

De Afdeling heeft de zaak ter zitting behandeld op 10 juni 2013, waar appellant, bijgestaan door mr. J.P. Hoegge, advocaat te Nijmegen, en de burgemeester en het college, vertegenwoordigd door mr. L.C.C.M. Vullings-Voeten, werkzaam bij de gemeente, zijn verschenen. Voorts is ter zitting vergunninghouder, eigenaar van café B, vertegenwoordigd door mr. D.H. Nas, advocaat te Nijmegen, als belanghebbende gehoord.

## Overwegingen

### 1.

Ingevolge artikel 2.1.5.1, eerste lid, van de Algemene Plaatselijke Verordening voor de gemeente Nijmegen (hierna: de APV) is het verboden zonder vergunning van het college voorwerpen of stoffen in, op, aan of boven de weg aan te brengen, te hebben of achter te laten.

Ingevolge artikel 2.3.1.5, eerste lid, beslist de burgemeester, in afwijking van het bepaalde in artikel 2.1.5.1, in geval van een vergunningaanvraag die betrekking heeft op een of meer bij het horecabedrijf behorende terrassen voor zover deze zich op de weg bevinden over de ingebruikneming van die weg ten behoeve van het terras.

Ingevolge het derde lid, kan de burgemeester de vergunning ten behoeve van een of meer bij een horecabedrijf behorende terrassen weigeren:

- a. indien het beoogde gebruik schade toebrengt aan de weg dan wel gevaar oplevert voor de bruikbaarheid van de weg of voor het doelmatig en veilig gebruik daarvan;
- b. indien dat gebruik een belemmering kan worden voor het doelmatig beheer en onderhoud van de weg;
- c. ter bescherming van het woon- en leefklimaat in de nabije omgeving van het terras;
- d. indien op het pand ten behoeve waarvan de terrasvergunning wordt aangevraagd krachtens het ter plaatse geldende bestemmingsplan geen horecabestemming rust.

### 2.

De gemeente Nijmegen en de Stichting Vierdaagsefeesten Nijmegen (hierna: de stichting) hebben een Convenant Vierdaagsefeesten 2009-2013 (hierna: het convenant) gesloten waarin afspraken zijn vastgelegd met betrekking tot de organisatie van de Vierdaagsefeesten.

Volgens artikel 2.2.1 van het convenant verkrijgt de stichting gedurende de periode van de Vierdaagsefeesten van de gemeente de exclusieve civielrechtelijke toestemming tot het in gebruik nemen van de in het goedgekeurde vlekkenplan opgenomen delen van de (binnen)stad met het recht van onderuitgifte ten behoeve van het exploiteren van vermaakcentra, muziekpodia, terrassen en standplaatsen.

Volgens artikel 7.1 is de stichting direct eindverantwoordelijk voor de programmering van de hoofdpodia en voor de muzikale projecten die men zelfstandig en in samenwerking met anderen in gang zet. Zij zorgt ervoor dat het muzikale programma qua samenstelling, kwaliteit, variatie en uitstraling tegemoet komt aan de wensen en behoeften van diverse publieksgroepen. De programmering dient als zodanig een positieve bijdrage te leveren aan de positionering van de Vierdaagsefeesten en de gemeente.

Volgens artikel 7.2 toetst de stichting ten behoeve van de programmering aanvragen van ondernemers op de volgende aspecten:

- veiligheid;
- inrichtingseisen (met name straatmeubilair, verbouwingen, verkeer);
- samenwerking tussen ondernemers en andere belanghebbenden (samenwerking tussen ondernemers wordt

geprefereerd boven niet-samenwerking; nieuwe ondernemers kunnen zich aansluiten bij bestaande programmering; belang omwonenden en Nijmeegse ondernemers op locatie afwegen tegen programmering en verkoop van producten);

- continuïteit (jaarlijks terugkerend groots evenement dat in korte tijd georganiseerd moet worden, financiële risico's en investeringsrisico's voor organisatie en individuele ondernemers);
- kwaliteit (wordt beoordeeld op aspecten als uitstraling, diversiteit van aanbod van producten, uitholling van het evenement voorkomen door slechte kwaliteit en voortdurende wisseling van spelers);
- ervaringsregels.

Na toetsing en voordracht door de stichting besluit de gemeente over de vergunningverlening.

Een onderdeel van het convenant is de notitie 'Algemene Gemeentelijke Uitgangspunten Vierdaagsefeesten 2009-2013 (hierna: de notitie). Daarin worden de gemeentelijke uitgangspunten voor organisatie en uitvoering van de Vierdaagsefeesten in detail geregeld.

Uit de notitie volgt dat bij de situering van de terrassen als beleidsuitgangspunt geldt dat een terras of terrasuitbreiding alleen voor de eigen zaak plaatsvindt, tenzij in de verkregen terrasvergunning anders is vermeld. In de praktijk wordt veelal de reguliere situatie in het terrasseizoen bestendigd en vindt in de avonden na de wegafsluiting een terrasuitbreiding plaats. Waar deze direct voor belendende percelen staat wordt eerst overleg gepleegd en dient de organisatie een verklaring van geen bezwaar over te leggen van betrokken ondernemers. Weigert een horecaondernemer aan de feesten deel te nemen dan krijgt hij nimmer een terras van zijn concurrent voor de deur, tenzij hij daarmee instemt, aldus de notitie.

### 3.

Aan het besluit van 6 december 2011 hebben de burgemeester en het college ten grondslag gelegd dat zowel appellant, eigenaar van café A, als vergunninghouder, eigenaar van het naastgelegen café B, een vergunning voor de exploitatie van een vermaakcentrum zonder muziek voor locatienummer 428 ten tijde van de Vierdaagsefeesten 2011 hebben aangevraagd. Omdat geen samenwerking kon worden bewerkstelligd tussen appellant en vergunninghouder, moest er volgens de burgemeester en het college een keuze worden gemaakt tussen beide aanvragers, nu de exploitatie van dezelfde plek niet aan twee verschillende horecaondernemers gedurende dezelfde tijd kan worden vergund. De APV bevat volgens de burgemeester en het college geen regeling die in deze situatie voorziet, zodat zij bij het bepalen van hun keuze de criteria vastgelegd in het convenant en de notitie hebben betrokken. Gelet op het advies van de stichting, de positieve ervaringen met vergunninghouder, de continuïteit en de ervaringsregels hebben de burgemeester en het college de gevraagde vergunning verleend aan vergunninghouder.

### 4.

Appellant betoogt primair dat de rechtbank ten onrechte heeft overwogen dat de burgemeester een keuze diende te maken, nu zich ten aanzien van zowel de door hem als door vergunninghouder gevraagde terrasvergunning geen weigeringsrond voordeed. Hij voert daartoe aan dat ingevolge artikel 2.3.1.5, eerste lid, van de APV slechts een terrasvergunning kan worden verleend voor de bij een horecabedrijf behorende terrassen. De aanvraag van vergunninghouder ziet op het terrasdeel met locatienummer 428 dat de rest van het jaar niet tot het horecabedrijf van vergunninghouder behoort, maar tot zijn café A. Reeds om die reden had de burgemeester de terrasvergunning niet aan vergunninghouder mogen verlenen, aldus appellant.

#### 4.1.

Niet in geschil is dat de vraag of een terrasvergunning kan worden verleend leidend is voor de vraag of een vergunning wordt verleend voor een vermaakcentrum zonder muziek. De rechtbank heeft derhalve terecht overwogen dat de vraag centraal staat of de burgemeester terecht heeft besloten de door appellant gevraagde terrasvergunning te weigeren en de door vergunninghouder gevraagde terrasvergunning te verlenen.

#### 4.2.

Aan appellant is een terrasvergunning voor locatienummer 428 verleend die het hele jaar geldt, met uitzondering van de Vierdaagsefeesten, zodat het terras ten tijde van dat evenement niet als een bij zijn horecabedrijf behorend terras kan worden aangemerkt. De burgemeester is derhalve bevoegd om voor de vergunningverlening voor de Vierdaagsefeesten tot een andere verdeling van de terrassen te komen. Het betoog faalt.

### 5.

Appellant betoogt subsidiair dat de rechtbank heeft miskend dat de burgemeester bij het besluit van 6 december 2011 ten onrechte geen gevolg heeft gegeven aan het convenant en de daarbij behorende notitie. Hij voert daartoe aan dat uit de notitie volgt dat bij de situering van terrassen voor de Vierdaagsefeesten als beleidsuitgangspunt geldt, dat een terras of een terrasuitbreiding alleen voor de eigen zaak plaatsvindt. Uit de notitie volgt volgens hem verder dat in de praktijk veelal

de reguliere situatie in het terrasseizoen wordt bestendigd en dat terrasuitbreiding voor aangrenzende percelen alleen plaatsvindt met toestemming van de horecaondernemer van het aangrenzende perceel. Daaruit volgt volgens hem niet, zoals de burgemeester stelt, dat onderscheid gemaakt moet worden tussen terrassen en gevelterrassen. Hij heeft voorts geen toestemming verleend voor een terrasuitbreiding voor zijn horecabedrijf. Appellant voert verder aan dat de burgemeester zich ten onrechte op het standpunt heeft gesteld dat de continuïteit van het evenement in het gedrang komt, indien aan hem een terrasvergunning voor de Vierdaagsefeesten wordt verleend. In dat kader betoogt appellant dat ook andere horecaondernemers een terras exploiteren aan het Koningsplein tijdens de Vierdaagsefeesten. Verder heeft hij zich diverse keren bereid verklaard om met vergunninghouder samen te werken, hetgeen zij in het verleden ook al een aantal keren hebben gedaan, aldus appellant. Ten slotte bestrijdt appellant dat de burgemeester de veiligheid en inrichtingseisen tot uitgangspunt heeft genomen bij het besluit van 6 december 2011.

## 5.1.

Niet in geschil is dat zich zowel ten aanzien van de aanvraag van appellant als ten aanzien van de aanvraag van vergunninghouder geen van de weigeringsgronden als genoemd in artikel 2.3.1.5, derde lid, van de Apv voordoet. Met de rechtbank is de Afdeling van oordeel dat de burgemeester zich terecht op het standpunt heeft gesteld dat, nu twee vergunningaanvragen voor hetzelfde terras op locatienummer 428 voor de Vierdaagsefeesten 2011 zijn ingediend en voor geen van die aanvragen een weigeringsgrond van toepassing is, een situatie is ontstaan waarin de APV niet voorziet. De burgemeester heeft door middel van gesprekken getracht appellant en vergunninghouder tot samenwerking te bewegen en om tussen hen een regeling tot stand te brengen met betrekking tot de exploitatie van het terras. In dat kader heeft de burgemeester mediation en arbitrage voorgesteld. Tot samenwerking is het evenwel niet gekomen. De burgemeester heeft zich geleet daarop terecht op het standpunt gesteld dat hij een keuze diende te maken tussen de twee aanvragen. Omdat een wettelijk toetsingskader voor het maken van die keuze ontbreekt, heeft de rechtbank terecht overwogen dat een dergelijk besluit terughoudend door de rechter dient te worden getoetst. De rechter dient zich te beperken tot de vraag of de afweging die de burgemeester heeft gemaakt onredelijk is, dan wel anderszins in strijd is met algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Met de rechtbank is de Afdeling van oordeel dat daarvan in het onderhavige geval geen sprake is. Daartoe acht de Afdeling van belang dat de burgemeester, anders dan appellant betoogt, niet in strijd met het convenant en de notitie heeft gehandeld. Weliswaar betoogt appellant terecht dat in de notitie staat vermeld dat bij de situering van de terrassen als beleidsuitgangspunt geldt dat een terras of terrasuitbreiding alleen voor de eigen zaak plaatsvindt, maar de burgemeester heeft in het besluit op bezwaar het standpunt ingenomen dat die zinsnede ziet op terrassen die zijn gelegen voor het horecabedrijf en derhalve ziet op zogenoemde gevelterrassen. Deze uitleg acht de Afdeling juist, nu de notitie spreekt van terrasuitbreiding 'direct voor' aangrenzende percelen. Het terras met locatienummer 428 is onderdeel van het Koningsplein. Dat plein wordt tijdens de Vierdaagsefeesten in zijn geheel omgeven door een loopgebied met een breedte van enkele meters. De burgemeester heeft zich daarom terecht op het standpunt gesteld dat het terras niet kan worden aangemerkt als een terras dat direct voor het horecabedrijf van appellant is gelegen. Weliswaar heeft appellant zich ter zitting bij de Afdeling op het standpunt gesteld dat personeel van vergunninghouder tijdens de Vierdaagsefeesten bedient tot aan de gevel van café A, maar dit kan niet tot een ander oordeel leiden reeds omdat de terrasvergunning zich beperkt tot het Koningsplein en niet ziet op het gedeelte van het terras dat direct grenst aan café A. De burgemeester was derhalve niet gehouden toestemming te vragen aan appellant, alvorens hij overging tot vergunningverlening voor het terras aan vergunninghouder. Voor zover appellant betoogt dat hij de rest van het jaar op die plek een terras heeft, heeft de rechtbank daarin terecht geen aanleiding gezien voor een andersluidend oordeel. Zoals reeds onder rechtsoverweging 4.2 is overwogen is aan appellant immers een terrasvergunning voor locatienummer 428 verleend die het hele jaar geldt, met uitzondering van de Vierdaagsefeesten. Weliswaar staat in de notitie vermeld dat in de praktijk veelal de reguliere situatie in het terrasseizoen wordt bestendigd, maar daaruit volgt voor de burgemeester geen verplichting om daartoe over te gaan. Voor zover appellant heeft aangevoerd dat de burgemeester zich ten onrechte op het standpunt heeft gesteld dat de continuïteit van het evenement in het gedrang komt indien aan hem een terrasvergunning wordt verleend, vormt dat evenmin aanleiding voor een andersluidend oordeel. Weliswaar heeft appellant te kennen gegeven dat hij in de toekomst de verantwoordelijkheid voor het evenement op het Koningsplein op zich wil nemen, maar de burgemeester heeft in redelijkheid meer belang kunnen hechten aan het door vergunninghouder door de jaren heen succesvol opgebouwde vermaakcentrum en de door appellant niet betwiste positieve ervaringen die daarmee gepaard gaan. Daarbij heeft de burgemeester ook de criteria veiligheid en inrichtingseisen mogen laten meewegen. Hij heeft onder meer het advies van de stichting aan het besluit van 6 december 2011 ten grondslag gelegd. Uit dat advies volgt dat het vermaakcentrum van vergunninghouder door de jaren heen kwaliteit aflevert en veilig georganiseerd wordt. Dat ook andere horecaondernemers dan vergunninghouder een terras exploiteren aan het Koningsplein tijdens de Vierdaagsefeesten doet aan het vorenstaande niet af. Voor ieder van die terrassen is, zoals de burgemeester ter zitting desgevraagd heeft verklaard, slechts één aanvraag om een terrasvergunning tijdens de Vierdaagsefeesten 2011 ingediend, zodat de burgemeester daarbij geen keuze tussen verschillende aanvragers hoefde te maken.

Ook de omstandigheid dat appellant zich diverse keren bereid heeft verklaard om samen te werken, kan niet tot het oordeel leiden dat de burgemeester de door hem gevraagde terrasvergunning ten onrechte heeft geweigerd, aangezien het tot

samenwerking niet is gekomen.

De rechtbank heeft derhalve terecht geoordeeld dat de burgemeester in redelijkheid bij zijn afweging omtrent het verstrekken van een vermaakcentrum zonder muziek voor locatienummer 428 de voorkeur heeft kunnen geven aan vergunninghouder. Dit betekent overigens niet dat de burgemeester in latere jaren niet tot een andere afweging kan komen. Het betoog faalt.

6.

Het hoger beroep is ongegrond. De aangevallen uitspraak dient te worden bevestigd.

7.

Voor een proceskostenveroordeling bestaat geen aanleiding.

## Beslissing

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State;  
recht doende:  
bevestigt de aangevallen uitspraak.

## Noot

Auteur: A. Drahmnn<sup>[1]</sup>

1.

Appellant is de exploitant van café A in Nijmegen. Zowel appellant als zijn buurman, de exploitant van café B, vragen vergunningen aan voor een terras tijdens de Vierdaagsefeesten. Op grond van de wet- en regelgeving van de gemeente Nijmegen kan slechts aan één van de twee cafés de benodigde vergunningen worden verleend. De vergunningen worden verleend aan de exploitant van café B en geweigerd aan café A. Appellant wordt zowel in bezwaar, beroep als hoger beroep in het ongelijk gesteld. Interessant aan deze uitspraak is dat de Afdeling het besluit van de burgemeester zeer marginaal toetst en hiermee een andere lijn lijkt te volgen dan het CBb bij vergelijkbare schaarse vergunningstelsels. Hierna zal kort de casus en wettelijk kader worden beschreven. Vervolgens wordt het oordeel van de Afdeling vergeleken met vaste jurisprudentie van het CBb bij de verdeling van schaarse besluiten.

2.

Op grond van de Algemene Plaatselijke Verordening (APV) van de gemeente Nijmegen zijn vergunningen nodig om een terras te mogen exploiteren. Beide exploitanten van de cafés in deze procedure hebben een dergelijke terrasvergunning, maar deze vergunning is niet geldig voor de Vierdaagsefeesten, omdat hiervoor een aparte regeling is getroffen. De gemeente Nijmegen en de Stichting Vierdaagsefeesten Nijmegen hebben het Convenant Vierdaagsefeesten 2009-2013 gesloten met afspraken over de organisatie van de Vierdaagsefeesten. De stichting krijgt hierin de exclusieve civielrechtelijke toestemming tot het in gebruik nemen van delen van de (binnen)stad met het recht van onderuitgifte ten behoeve van het exploiteren van vermaakcentra, muziekpodia, terrassen en standplaatsen. De stichting is eindverantwoordelijk voor het muzikale programma in de gehele gemeente. Ondernemers kunnen daarom aanvragen indienen bij de stichting en de stichting toetst ten behoeve van de programmering deze aanvragen aan een aantal aspecten: veiligheid; inrichtingseisen; samenwerking tussen ondernemers en andere belanghebbenden; continuïteit; kwaliteit en ervaringsregels. Na toetsing en voordracht door de stichting besluiten de burgemeester en het college over de vergunningverlening.

Een onderdeel van het convenant is de notitie 'Algemene Gemeentelijke Uitgangspunten Vierdaagsefeesten 2009-2013'. Hierin worden de gemeentelijke uitgangspunten voor organisatie en uitvoering van de Vierdaagsefeesten in detail geregeld. Als beleidsuitgangspunt geldt dat een terras alleen voor de eigen zaak plaatsvindt. Ook stelt de notitie dat als een horecaondernemer aan de feesten weigert deel te nemen hij nimmer een terras van zijn concurrent voor de deur zal krijgen, tenzij hij daarmee instemt.

In dit geval hadden zowel de exploitant van café A als buurman café B een vergunningaanvraag ingediend voor de exploitatie van een terras met locatienummer 428. Deze locatie is onderdeel van het Koningsplein. Zowel café A als café B liggen aan dit locatienummer. Het plein wordt tijdens de Vierdaagsefeesten in zijn geheel omgeven door een loopgebied met een breedte van enkele meters. Dit heeft tot gevolg dat het personeel van de vergunninghouder (café B) zal bedienen tot aan de gevel van café A. De exploitant van café A betoogde daarom dat op grond van de notitie instemming nodig was. De Afdeling oordeelt dat dit niet het geval is, omdat de terrasvergunning zich beperkt tot het Koningsplein en er dus geen



sprake is van een terrasuitbreiding 'direct voor' aangrenzende percelen, zijnde café A.

De burgemeester heeft nog geprobeerd een samenwerking tussen de cafés te bewerkstelligen, maar beide cafés weigerden (ook na mediation) samen te werken. Verder deed voor geen van de aanvragen zich een weigeringsgrond voor. Omdat de exploitatie van dezelfde plek gedurende dezelfde tijd niet aan twee verschillende horecaondernemers kan worden vergund, moest er een keuze worden gemaakt tussen beide aanvragers. Omdat de APV hiervoor geen regeling bevat, heeft het bevoegd gezag op grond van het convenant, de notitie en het advies van de stichting (dat betrekking had op de positieve ervaringen met café B, de continuïteit en de ervaringsregels) de vergunning verleend aan café B.

### 3.

Er is dus sprake van een zogenaamde 'schaarse vergunning'. Bij de verdeling van een dergelijke vergunning is allereerst de vraag welke verdeelmethode door het bevoegd gezag wordt gehanteerd. Indien in de wettelijke regeling geen expliciete verdeelmethode is neergelegd, kan hieruit volgens het CBb een systeem van volgorde van binnenkomst van aanvragen worden afgeleid (CBb 28 april 2010, AB 2010/186, m.nt. C.J. Wolswinkel). Daarvan is hier geen sprake. In de genoemde notitie zijn namelijk kwalitatieve criteria opgenomen om een keuze te kunnen maken. Er is daardoor sprake van een vergelijkende toets (ook wel 'beauty contest' of 'tender' genoemd).

De Afdeling constateert dat de aanvragen betrekking hebben op dezelfde locatie (nr. 428) en dat de APV hierin niet voorziet. De Afdeling oordeelt vervolgens:

"De burgemeester heeft zich gelet daarop terecht op het standpunt gesteld dat hij een keuze diende te maken tussen de twee aanvragen. Omdat een wettelijk toetsingskader voor het maken van die keuze ontbreekt, heeft de rechtbank terecht overwogen dat een dergelijk besluit terughoudend door de rechter dient te worden getoetst. De rechter dient zich te beperken tot de vraag of de afweging die de burgemeester heeft gemaakt onredelijk is, dan wel anderszins in strijd is met algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Met de rechtbank is de Afdeling van oordeel dat daarvan in het onderhavige geval geen sprake is."

In het kader van die toets van de belangenafweging kijkt de Afdeling naar het convenant en de notitie. De Afdeling acht namelijk van belang dat de burgemeester niet in strijd met het convenant en de notitie heeft gehandeld. Het bevoegd gezag heeft volgens de Afdeling terecht waarde kunnen hechten aan het advies van de stichting waaruit volgt dat het vermaakcentrum van café B "door de jaren heen kwaliteit aflevert en veilig georganiseerd wordt".

### 4.

Het CBb hanteert bij de verdeling van schaarse besluiten al enkele jaren de vaste jurisprudentie dat "aan de besluitvorming met betrekking tot de toekenning van een schaarse ontheffing, onder meer uit het oogpunt van rechtszekerheid zware eisen [dienen] te worden gesteld" (o.a. CBb 24 augustus 2012, AB 2012/373, CBb 15 mei 2012, AB 2012/372 en CBb 7 december 2011, AB 2012/55, alle m.nt. C.J. Wolswinkel). De Afdeling oordeelt dat de rechter zich dient "te beperken tot de vraag of de afweging die de burgemeester heeft gemaakt onredelijk is, dan wel anderszins in strijd is met algemene beginselen van behoorlijk bestuur."

Aangezien de rechtszekerheid een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur is, kan gesteld worden dat het oordeel van de Afdeling in lijn is met deze jurisprudentie van het CBb. Toch is het opvallend dat het CBb de nadruk legt op de (extra) zware eisen die aan schaarse besluitvorming dienen te worden gesteld en de Afdeling op de marginale toetsing. De toetsing door het CBb lijkt (in ieder geval zonder nadere toelichting) indringender dan die van de Afdeling en dit verschil is niet in het belang van de rechtseenheid.

### 5.

Dat de indringendere toets van het CBb wellicht tot een ander oordeel had kunnen leiden, kan worden geïllustreerd aan de hand van de uitspraak van het CBb van 15 mei 2012, AB 2012/372, m.nt. C.J. Wolswinkel. Hierin oordeelt het CBb dat door een ontheffing (op grond van de Winkeltijdenwet) voor onbepaalde tijd te verlenen, verweerders de belangen van derden om in de toekomst mee te kunnen dingen naar de ontheffing hebben miskend. Ontheffingverlening voor onbepaalde tijd sluit immers uit dat derden in de toekomst alsnog een ontheffing kunnen krijgen. Dit is volgens het CBb in strijd met de in artikel 3:4 Awb neergelegde zorgvuldigheidsnorm. In de hier gepubliceerde uitspraak van de Afdeling is weliswaar geen sprake van vergunningverlening voor onbepaalde tijd, maar uit de uitspraak blijkt wel dat de ervaring met café B zwaar weegt bij de besluitvorming. Dit maakt de positie van nieuwkomers bij de verdeling van de schaarse vergunning zwak. Ik denk niet dat het CBb in dit geval geoordeeld zou hebben dat de in het besluit neergelegde toets aan de in de notitie opgenomen selectiecriteria (zijnde veiligheid; inrichtingseisen; samenwerking tussen ondernemers en andere belanghebbenden; continuïteit; kwaliteit en ervaringsregels) in strijd met de 'zware eisen' was, maar het CBb zou de besluitvorming waarschijnlijk wel indringender hebben getoetst.

Overigens zijn er meer verschillen aan te wijzen in de jurisprudentie van het CBb en de Afdeling omtrent besluitvorming over schaarse vergunningen. Wie meer hierover wil lezen, verwijs ik naar A. Drahmman, 'Is de transparantie bij de verdeling van schaarse vergunningen voldoende gewaarborgd?', *JBplus* 2013, afl. 3, p. 141 e.v.

## 6.

Deze uitspraak geeft aanleiding te vermoeden dat de Afdeling het bijzondere karakter van besluiten over schaarse rechten minder wil aanzetten dan het CBb. Mijns inziens zijn er echter goede redenen om dit wel te doen. Bij besluitvorming over schaarse vergunningen is immers sprake van aanvragers die in concurrentie met elkaar meedingen naar één (of een beperkt aantal) besluit(en). Deze concurrentie rechtvaardigt een indringende toets aan algemene beginselen van behoorlijk bestuur om zo te kunnen garanderen dat alle aanvragers gelijke kansen hebben.

Voetnoten

[\*]

Annemarie Drahmman is promovenda aan de afdeling staats- en bestuursrecht van de Universiteit Leiden en senior Professional Support Lawyer bij Stibbe.